

# EXPERT 107

VERSION 01  
2017 - Jänner

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

## Besonderheiten der Arbeitskräfteüberlassung in die Baubranche

### KOMPAKT AUF EINEN BLICK

*Ein beachtlicher Teil der Arbeitskräfteüberlassung findet in das Baugewerbe statt. Neben den allgemeinen rechtlichen Rahmenbedingungen der Arbeitskräfteüberlassungen gibt es bei derartigen Überlassungen einige Besonderheiten, die zu beachten sind. Im Folgenden wird ein Überblick über die wichtigsten Besonderheiten der Überlassung ins Baugewerbe gegeben.*

Auftraggeber: Berufsgruppe der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Wirtschaftskammer Oberösterreich  
Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER  
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser, Lektor Donau-Universität Krems

Trotz sorgfältiger Bearbeitung wird für die Ausführungen keine Gewähr übernommen.  
Nur für Mitglieder der Berufsgruppe der Arbeitskräfteüberlasser zum internen Gebrauch bestimmt.  
Jegliche andere Art der Verbreitung und Vervielfältigung nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Fachverbandes der Gewerblichen Dienstleister  
zulässig. [gewerbliche.dienstleister@wko.at](mailto:gewerbliche.dienstleister@wko.at); 05 90900 3260.

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

**?** **1. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Ich habe gehört, dass es Verbote der Überlassung ins Baugewerbe gibt. Kann ich von einem solchen betroffen sein?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Von einem Verbot der Überlassung von Arbeitskräften ins Baugewerbe haben Sie vermutlich im Zusammenhang mit Deutschland gehört, dort sieht § 1b des deutschen Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (dAÜG) nämlich vor, dass Arbeiter nicht in Betriebe des Baugewerbes überlassen werden dürfen. Es gibt von diesem Verbot Ausnahmen, deren Komplexität würde den Rahmen dieses Merkblatts jedoch sprengen. Zur Überlassung nach Deutschland (auch in die Baubranche) werden wir in einem gesonderten Merkblatt Stellung nehmen.  
In Österreich ist die Überlassung von Arbeitskräften ins Baugewerbe uneingeschränkt zulässig, ein vergleichbares Verbot existiert nicht.

**?** **2. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Gibt es Besonderheiten betreffend die Entlohnung von Arbeitnehmern, die in das Baugewerbe überlassen werden?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Ja, seit 01.01.2016 gibt es in Österreich ein Barzahlungsverbot für Löhne und Gehälter in der Bauwirtschaft. Die einschlägige Regelung findet sich in § 48 des Einkommensteuergesetzes (EStG) und lautet wie folgt:

*„Geldzahlungen von Arbeitslohn gemäß § 25 Abs. 1 Z 1 lit. a an zur Erbringung von Bauleistungen nach § 19 Abs. 1a UStG 1994 beschäftigte Arbeitnehmer dürfen nicht in bar geleistet oder entgegengenommen werden, wenn der Arbeitnehmer über ein bei einem Kreditinstitut geführtes Girokonto verfügt oder einen Rechtsanspruch auf ein solches hat.“*

Dieses Barzahlungsverbot gilt auch für überlassene Arbeitskräfte im Baubereich. Löhne und Gehälter dieser Mitarbeiter dürfen daher keinesfalls bar ausbezahlt werden, sondern sind auf das Girokonto des Arbeitnehmers zu überweisen. Verstöße gegen dieses Verbot werden als

Finanzordnungswidrigkeit mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 5.000 geahndet. Für Details zum Barzahlungsverbot beachten Sie bitte unser Merkblatt zu diesem Thema (Expert 105, Februar 2016).

Eine weitere Besonderheit gilt es hinsichtlich der Berechnung von Überstundenzuschlägen zu beachten. Grundlage für die Berechnung der Aufzahlung für Überstunden bzw. Mehrarbeit ist der jeweilige kollektivvertragliche Stundenlohn zuzüglich einem fixen Prozentsatz, der im Kollektivvertrag festgelegt ist. Derzeit beträgt dieser Prozentsatz gemäß § 2 lit a des Kollektivvertrags für Baugewerbe und Bauindustrie 25 %. Bei Akkord-, Prämien- und sonstigen Leistungslöhnen erhöht sich dieser Wert auf 40 %. Die Berechnungsgrundlage für Sonntags-, Feiertags-, Nacht- und Schichtarbeit ist hingegen der kollektivvertragliche Stundenlohn ohne prozentuelle Erhöhung.

Die Lohnnebenkosten sind in der Baubranche überdurchschnittlich hoch. Schlechtwetter kann zudem zu einem höheren Anteil an Nichtleistungsstunden führen, womit sich die entstehenden Kosten auf weniger Arbeitsstunden verteilen. Für den Arbeitgeber besonders ungünstig können Einsätze sein, bei denen eine auswärtige Nächtigung erforderlich ist. Selbst wenn aufgrund der schlechten Wetterlage nur wenige Stunden gearbeitet werden können, gebühren dem Arbeitnehmer Tag- und Nächtigungsgelder zur Gänze. Details zu diesen Themen finden Sie auf der Homepage der Geschäftsstelle der Bundesinnung Bau und des Fachverbandes der Bauindustrie ([www.bau.or.at](http://www.bau.or.at)).

**?** **3. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
Unterliege ich als Arbeitskräfteüberlasser dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG)?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
Ja, bezüglich jener Arbeitnehmer, die zur Überlassung für Tätigkeiten aufgenommen werden, die unter den Anwendungsbereich des BUAG fallen, oder tatsächlich überwiegend zu solchen Tätigkeiten überlassen werden. Das betrifft insbesondere Arbeiter in der Bauindustrie und im Baugewerbe.

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Ist bereits bei der Einstellung klar, dass der Arbeitnehmer vorwiegend für einschlägige Bautätigkeiten herangezogen werden wird, unterliegt das Arbeitsverhältnis von vornherein dem BUAG. Wird ein solcher Arbeitnehmer vorübergehend in einen anderen Bereich überlassen (z.B. Tischlerbetrieb), ändert dies nichts an der Anwendbarkeit des BUAG. Ebenso begründet ein kurzer Einsatz im Baubereich aber noch keine BUAG-Pflicht, wenn der Arbeitnehmer für andere Tätigkeiten eingestellt wurde und ansonsten auch stets für solche eingesetzt wird. Die BUAG-Pflicht wird in diesen Fällen erst dann begründet, wenn der Arbeitnehmer tatsächlich überwiegend zu einschlägigen Tätigkeiten eingesetzt wird. Ab wann eine Tätigkeit als überwiegend angesehen werden kann lässt der Gesetzgeber offen. Um zu verhindern, dass die BUAG-Pflicht ständig wechselt - dies will der Gesetzgeber vermeiden - muss hier aber jedenfalls von einer mehrere Monate andauernden Überlassung in den Baubereich ausgegangen werden. Das BUAG regelt Ansprüche betreffend Urlaub, Abfertigung, Winterfeiertage und Schlechtwetterentschädigung für die unterstellten Arbeitnehmer.

Das BUAG entfaltet gemäß § 33d BUAG auch Wirkung auf Arbeitnehmer, die keinen gewöhnlichen Arbeitsort in Österreich haben, jedoch von ihrem Arbeitgeber zur Arbeitsleistung oder im Rahmen einer Arbeitskräfteüberlassung nach Österreich entsandt werden. Gemäß den §§ 33e und 33f haben diese Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlten Urlaub nach dem 2. Abschnitt des BUAG.

**?** **4. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
 Gibt es zum Thema Lohn- und Sozialdumping besondere Bestimmungen für die Überlassung in das Baugewerbe?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
 Mit 1.1.2017 tritt das neue Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) in Kraft. Völlig neu ist dabei eine eigene Haftungsbestimmung für den Baubereich, die sich in § 9 LSD-BG findet. Bei grenzüberschreitenden Überlassungen ins Baugewerbe kommt diese Bestimmung entsprechend der ausdrücklichen Anordnung in § 9 Abs 9 LSD-BG zur Anwendung, § 14 AÜG ist hingegen nicht anzuwenden. Bei inländischen Überlassungssach-

verhalten bleibt hingegen § 14 AÜG anwendbar. Vorgehen ist darin eine Haftung des Auftraggebers für das kollektivvertragliche Mindestgehalt der entsandten oder grenzüberschreitend überlassenen Arbeitnehmer seines Auftragnehmers. Der Anspruchsberechtigte kann also direkt den Auftraggeber in Anspruch nehmen, die Haftung ist aber an einige Voraussetzungen geknüpft die in § 9

LSD-BG vorgesehen sind:

- Der Arbeitnehmer muss binnen 8 Wochen nach Fälligkeit des Entgelts die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) über die offene Forderung informieren.
- Die Information muss Angaben zum Arbeitgeber, dem Arbeitsverhältnis, den Ort und die Zeit der erbrachten Arbeitsleistungen sowie die Art der Tätigkeit umfassen.
- Die BUAK muss nach Erhebungen den Auftraggeber schriftlich über die geltend gemachte Forderung informieren.
- Das ausstehende Entgelt darf weder verfallen noch verjährt sein.

Die Haftung wird mit der schriftlichen Information des Auftraggebers durch die BUAK begründet, ab diesem Zeitpunkt kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer gegenüber die Leistung des Werklohns verweigern.

§ 10 LSD-BG sieht zudem eine Haftung des Generalunternehmers vor, der einen Auftrag entgegen den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVergG) weitergibt. Der Generalunternehmer haftet in diesem Fall für das kollektivvertragliche Entgelt der vom Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer. Diese Regelung fand sich bisher in § 7c Abs 2 AVRAG.

**?** **5. Arbeitskräfteüberlasser X:**  
 Gibt es steuerliche Besonderheiten, die ich bei der Überlassung in den Baubereich berücksichtigen muss?

**!** **Dr. BRUCKMÜLLER:**  
 Speziell für den Baubereich sieht § 82a EStG eine Auftraggeberhaftung für die vom Finanzamt einzuhebenden lohnabhängigen Abgaben, die das beauftragte Unternehmen abzuführen hat, vor.

## Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Die Haftung ist mit 5 % des geleisteten Werklohnes begrenzt. Die Haftung entfällt, wenn das beauftragte Unternehmen in die Gesamtliste der haftungsfreistellenden Unternehmen (HFU-Gesamtliste) eingetragen ist. Die Eintragung in die HFU-Gesamtliste kann nur erfolgen, wenn das Unternehmen bereits seit mindestens drei Jahren Bauleistungen im Sinne des § 19 Abs 1a UStG erbringt, keine Beitragsrückstände vorliegen und entsprechende Beitragsnachweise erbracht werden.

### ? 6. Arbeitskräfteüberlasser X:

Beschäftiger treten manchmal mit dem Wunsch an uns heran, anstatt einer Arbeitskräfteüberlassung einen Werkvertrag abzuschließen. Worauf muss ich achten?

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

Derartige Konstellationen hören wir häufig, Arbeitnehmer sollen auf einer Baustelle eingesetzt werden und es ist unklar, ob ein Werkvertrag vorliegt oder Arbeitskräfteüberlassung. Hierbei ist die klare Abgrenzung zwischen Werkvertrag und Arbeitskräfteüberlassung von großer Bedeutung, da unterschiedliche Gesetze anzuwenden sind und bei einer falschen Beurteilung das Risiko von Unterentlohnungen groß ist. Die Abgrenzung ist in der Praxis oft schwierig, da die Grenze fließend ist. Bei einem Werkvertrag schuldet der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg (zB die Errichtung eines Hauses), der Arbeitskräfteüberlasser stellt hingegen Arbeitskräfte zur Arbeitsleistung im Beschäftigterbetrieb zur Verfügung.

§ 4 Abs 2 AÜG legt für vier Fälle ausdrücklich fest, dass Arbeitskräfteüberlassung vorliegt. Die Bestimmung lautet: „Arbeitskräfteüberlassung liegt insbesondere auch vor, wenn die Arbeitskräfte ihre Arbeitsleistung im Betrieb des Werkbestellers in Erfüllung von Werkverträgen erbringen, aber

1. kein von den Produkten, Dienstleistungen und Zwischenergebnissen des Werkbestellers abweichendes, unterscheidbares und dem Werkunternehmer zurechenbares Werk herstellen oder an dessen Herstellung mitwirken oder
2. die Arbeit nicht vorwiegend mit Material und Werkzeug des Werkunternehmers leisten oder

3. organisatorisch in den Betrieb des Werkbestellers eingegliedert sind und dessen Dienst- und Fachaufsicht unterstehen oder

4. der Werkunternehmer nicht für den Erfolg der Werkleistung haftet.“

Es genügt, wenn auch nur einer der vier angeführten Tatbestände erfüllt ist, um von einer Arbeitskräfteüberlassung auszugehen. Entscheidend ist letztlich nicht wie der Vertrag bezeichnet wird, sondern der wahre wirtschaftliche Gehalt, wie das Vertragsverhältnis also tatsächlich gelebt wird.

Dennoch ist eine klare vertragliche Regelung unerlässlich, im Zweifelsfall sollte der Rat eines Anwalts eingeholt werden, um Risiken zu minimieren.

### ? 7. Arbeitskräfteüberlasser X:

Ich habe gehört, dass es für Bauarbeiter ein besonderes Überbrückungsgeld vor Pensionsantritt gibt. Betrifft mich das auch als Arbeitskräfteüberlasser?

### ! Dr. BRUCKMÜLLER:

Das Überbrückungsgeld nach dem BUAG gibt es seit 2014, seit 2015 werden die Überbrückungsgelder auch tatsächlich ausbezahlt. Mit dieser monatlichen Leistung sollen langjährige Bauarbeiter unterstützt werden, denen es nicht möglich ist, bis zum Pensionsantritt durchzuarbeiten. Wenn die Voraussetzungen erfüllt werden, können die betroffenen (auch überlassenen) Arbeitnehmer für bis zu 18 Monate Überbrückungsgeld kassieren. Damit ein solcher Anspruch besteht, müssen folgende Voraussetzungen erfüllt sein:

- Vollendung des 58. Lebensjahres
- Zumindest 520 Beschäftigungswochen in BUAG-pflichtigen Arbeitsverhältnissen nach Vollendung des 40. Lebensjahres
- Zumindest 30 Beschäftigungswochen in BUAG-pflichtigen Arbeitsverhältnissen nach Vollendung des 56. Lebensjahres
- Aufrechter Anspruch auf eine Alterspension im Anschluss an das Überbrückungsgeld
- Kein aufrechtes Dienstverhältnis
- Nachweis über Maßnahmen der gesundheitlichen Rehabilitation in den letzten 2 Jahren (neu ab 1.1.2017!)

# EXPERT 107

VERSION 01  
2017 - Jänner

Mitglieder-Information der Arbeitskräfteüberlasser der WKOÖ in Rechtsfragen

Erfüllt der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für den Bezug eines Überbrückungsgeldes, bleibt aber dennoch länger in der Baubranche tätig, hat er die Möglichkeit, anstelle des Überbrückungsgeldes eine einmalige Überbrückungsabgeltung zu beziehen. Um eine Motivation für Arbeitgeber zu schaffen, ältere Arbeitnehmer länger zu beschäftigen, erhalten auch diese eine Überbrückungsabgeltung. Die Abgeltung beträgt für den Arbeitnehmer 35 % des ansonsten zustehenden Überbrückungsgeldes, für Arbeitgeber 20 % dieser Bemessungsgrundlage.

Auftraggeber: Berufsgruppe der OÖ Arbeitskräfteüberlasser,  
Wirtschaftskammer Oberösterreich  
Verfasser: Rechtsanwalt Dr. Georg BRUCKMÜLLER  
Branchenanwalt der OÖ Arbeitskräfteüberlasser  
Lektor Donau-Universität Krems  
Kontakt: +43 (0)732 77 55 44-0